



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MATHEUS CAITANO DUARTE

**A APLICAÇÃO (IN)DISTINTA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40,
III DA LEI DE DROGAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS.**

**BRASÍLIA
2019**

MATHEUS CAITANO DUARTE

**A APLICAÇÃO (IN)DISTINTA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40,
III DA LEI DE DROGAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho.

**BRASÍLIA
2019**

MATHEUS CAITANO DUARTE

**A APLICAÇÃO (IN)DISTINTA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40,
III DA LEI DE DROGAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS.**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho.

BRASÍLIA, 16 DE SETEMBRO DE 2019

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

A APLICAÇÃO (IN)DISTINTA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III DA LEI DE DROGAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

MATHEUS CAITANO DUARTE

Resumo:

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da causa de aumento do inciso III do art. 40 da lei nº 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob a hipótese de haver uma aplicabilidade indistinta do referido dispositivo pelos órgãos julgadores do tribunal. Para tanto, foi investigada a jurisprudência firmada pelo tribunal nos anos de 2016, 2017 e 2018 acerca do tema, bem como, dentro dos julgados, foram identificados e enumerados os principais argumentos que servem como justificativa para a prática decisória. Após, foi constatado que de fato há uma aplicação indistinta da norma e, por fim, foram apresentados contra-argumentos que poderiam servir de alternativa à essa aplicação indistinta.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Causa de Aumento. Art. 40, Inciso III.

Sumário:

1- Introdução; 2- A causa de aumento do art. 40, III, da lei nº 11.343/06 e seus reflexos na pena. 3- A aplicabilidade da causa de aumento pelo TJDF e os argumentos utilizados para a aplicação do instituto. 4- A (in)distinção da aplicação pelo TJDF e os contra-argumentos à serem observados. 5- Considerações finais.

1 Introdução:

Passados pouco mais de doze anos desde a promulgação da lei nº 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, Lei Antidrogas, ou ainda Lei de Tóxicos, alguns dispositivos legais existentes no referido diploma legal são alvo de diferentes interpretações observadas por parte dos órgãos julgadores nacionais.

Um dos dispositivos da Lei de Drogas que causa divergência de entendimento entre os tribunais brasileiros é aquele que estabelece causa de aumento de pena aplicável ao indivíduo que pratica o delito de tráfico de drogas nas imediações de instituições de ensino e sede de entidades estudantis, prevista no inciso III, do art. 40 da referida lei.

Nesse contexto, a divergência consiste no fato de alguns tribunais aplicarem indistintamente a causa de aumento de pena, tendo como único ou principal critério de aplicação a proximidade espacial entre o local do cometimento do delito e as referidas instituições de ensino, sem levar em consideração outros aspectos referentes ao caso concreto que lhes é apresentado, enquanto outros tribunais optam por analisar, dentre outros aspectos, as particularidades do caso para decidirem pela incidência ou não da causa de aumento de pena.

Diante de um ambiente jurisprudencial heterogêneo buscou-se, com o presente estudo, a verificação do entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para averiguar a hipótese de que o TJDF se encontra em meio aos tribunais que adotam a prática de aplicação indistinta da causa de aumento de pena.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva, mediante análise de sua jurisprudência, expor, analisar e discutir a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios à norma que estabelece a causa de aumento de pena da Lei de Drogas, de modo a viabilizar a explanação de argumentos teórico-jurídicos que contrapõe (ou não) a posição tomada pelo Tribunal na aplicação da norma.

Metodologicamente, com o objetivo de conferir caráter atual à pesquisa, o recorte temporal escolhido e a delimitação do campo de pesquisa objeto de análise consistem na jurisprudência constituída pelo TJDFT nos anos de 2016 a 2018, sempre relacionada à aplicação do Inciso III, do art. 40 da lei nº 11,343/06, no tocante à traficância ocorrida nas proximidades de instituições de ensino.

Inicialmente será realizado um estudo da norma, analisando os aspectos formais e materiais da causa de aumento estabelecida pela lei de drogas. Buscou-se posteriormente a exposição dos argumentos utilizados nas decisões proferidas pelos órgãos julgadores pertencentes ao Tribunal e, para tanto, foi feita uma seleção de acórdãos pertinentes à pesquisa, para que posteriormente fossem criticamente analisados. Após, é apresentada uma discussão sobre a prática decisória dos órgãos, para que, a partir da narrativa justificativa decisória utilizada por estes, seja possível a identificação do sentido da referida prática decisória (FREITAS; LIMA, 2011).

Posteriormente, uma vez explorados os argumentos decisórios objetos de crítica, passa-se a explanação de contra-argumentos que visam discutir os efeitos da prática decisória adotada pelo Tribunal, com o objetivo de demonstrar a desproporcionalidade de tal interpretação. A partir dessa confrontação de argumentos, almeja-se a elaboração de uma discussão fundamentada acerca da aplicabilidade (in)distinta da norma.

A técnica de análise jurisprudencial utilizada no presente artigo teve como fundamento teórico os ensinamentos trazidos por Roberto Freitas e Thalita Moraes Lima na intitulada Metodologia de Análise de Decisões (MAD), uma vez que o referido trabalho tem em seu conteúdo diversos direcionamentos acerca da pesquisa e estudo da prática decisória dos tribunais.

2 A causa de aumento do art. 40, III, da lei nº 11.343/06 e seus reflexos na pena.

As causas de aumento de pena existentes na legislação penal brasileira podem ser entendidas como circunstâncias específicas pré-estabelecidas descritas abstratamente na norma, que determinam um aumento na pena a ser aplicado ao agente que tenha praticado a conduta delitiva dentro dos termos ali descritos, devido à maior reprovabilidade social atribuída à referida conduta em detrimento da reprovabilidade atribuída aos crimes “simples” descritos no *caput* dos artigos penais incriminadores.

Preconiza o Inciso III do art. 40 da Lei de Drogas que, *in verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

III- a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos. (BRASIL, 2006)

Depreende-se do texto legal que o intérprete da norma está diante de uma causa especial abstrata cujo percentual de aumento é determinado, estabelecendo-se limites fracionais máximos e mínimos, e variável, onde se permite que haja uma aplicação menor (um sexto), maior (dois terços), ou ainda intermediária entre os dois extremos, a depender do caso concreto.

Cumprido apontar que o dispositivo aqui discutido inseriu-se no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei nº 11.343/2006, e faz parte de uma política nacional de combate e repressão às drogas instituída pelo referido diploma, que quebrou um paradigma relacionado à legislação antecedente.

O contexto histórico que precedeu a criação da referida lei tem como importante marco a influência norte americana no modelo de combate às drogas,

onde se adotou uma concepção tanto criminal (no tocante ao tráfico) quanto sanitária (no tocante ao uso) (SENADO, 2019).

A legislação brasileira foi influenciada ainda pela aderência nacional ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, editando-se assim a lei nº 6.368/1976. Após, dando continuidade à tendência nacional de combate às drogas por parte do Estado, a Constituição Federal de 1988 considerou ser o comércio de entorpecentes crime inafiançável e sem anistia, tendo sido ainda, posteriormente, equiparado a crime hediondo, nos moldes da lei nº 8.072/1990, com as consequências penais e processuais penais daí advindas (SENADO, 2019).

A “nova” Lei de Drogas, promulgada em 2006, trouxe em seu conteúdo medidas que visam uma política criminal preventiva quanto ao uso de entorpecentes, despenalizando a conduta do porte para uso próprio, bem como uma política repressiva mais rígida quanto ao comércio ilícito de drogas (MASSON, 2018). Nesse contexto, a causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da lei visa reprimir com mais rigidez a traficância cometida nas proximidades dos locais ali descritos, dando a entender que a reprovabilidade de tal conduta excede os parâmetros normais de reprovabilidade dados a conduta de tráfico simples.

Interessa-nos nesse estudo, para fins de análise jurisprudencial, a parte do dispositivo que trata especificamente das condutas praticadas nas dependências ou imediações de estabelecimento de ensino, sendo este apenas um dos diversos locais suscetíveis de incidência do tipo. O interesse por uma parte específica do dispositivo justifica-se pela divergência de entendimento encontrada na jurisprudência dos tribunais nacionais acerca da incidência ou não da causa de aumento no contexto da prática de tráfico nas imediações de instituições de ensino, tendo em vista o especial zelo dos órgãos públicos para com os estudantes e demais frequentadores deste tipo de local, e levando-se em consideração ainda a existência de diversos métodos de interpretação da norma.

3 A aplicabilidade da causa de aumento pelo TJDF e os argumentos utilizados para a aplicação do instituto em crimes cometidos nas imediações de instituições de ensino.

Superadas as ideias iniciais, passa-se à explanação da prática decisória adotada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios acerca da causa de aumento da Lei de Drogas.

Mediante pesquisa feita na jurisprudência do TJDF, constituída entre anos de 2016 a 2018, observa-se que o dispositivo constante no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/06 foi aplicado na grande maioria dos casos concretos apreciados pelos órgãos do tribunal, de forma que os recursos criminais, majoritariamente manejados pela defesa, foram improvidos na parte em que almejavam o afastamento da causa de aumento aplicada ao tráfico cometido nas imediações de instituições de ensino, sob os mais diversos argumentos. As decisões foram encontradas por meio de pesquisa livre feita no próprio site do tribunal, no link <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>, onde na barra de pesquisa foram inseridos os argumentos: *drogas, tráfico, art. 40, III, instituições de ensino, imediações*.

Ilustra-se o número de decisões proferidas em cada ano nas tabelas abaixo:

- Tabela 1: Recursos de apelação interpostos no TJDF com intuito de afastar do caso em concreto a aplicabilidade da causa de aumento de tráfico cometido nas imediações de instituições de ensino no ano de 2018.

ÓRGÃOS TJDFT 2018	Provimento do recurso, inaplicabilidade da causa de aumento.	Não provimento, mantida a aplicabilidade da causa de aumento.
1º turma criminal, 2 acórdãos.	0	2
2º turma criminal, 12 acórdãos.	0	12
3º turma criminal, 14 acórdãos.	0	14
Câmara criminal, 1 acórdão.	0	1

Total: 29 acórdãos.	0	29
---------------------	---	----

Fonte: (DUARTE, 2019).

- Tabela 2: Recursos de apelação interpostos no TJDFR com intuito de afastar do caso em concreto a aplicabilidade da causa de aumento de tráfico cometido nas imediações de instituições de ensino no ano de 2017.

ÓRGÃOS TJDFR 2017	Provimento do recurso, inaplicabilidade da causa de aumento.	Não provimento, mantida a aplicabilidade da causa de aumento.
1º turma criminal, 6 acórdãos.	1	5
2º turma criminal, 6 acórdãos.	0	6
3º turma criminal, 7 acórdãos.	0	7
Câmara criminal, 0 acórdãos.	0	0
Total: 19 acórdãos.	1	18

- Tabela 3: Recursos de apelação interpostos no TJDFR com intuito de afastar do caso em concreto a aplicabilidade da causa de aumento de tráfico cometido nas imediações de instituições de ensino no ano de 2016.

ÓRGÃOS TJDFR 2016	Provimento do recurso, inaplicabilidade da causa de aumento.	Não provimento, mantida a aplicabilidade da causa de aumento.
-------------------	--	---

1º turma criminal, 4 acórdãos.	0	4
2º turma criminal, 7 acórdãos.	0	7
3º turma criminal, 10 acórdãos.	0	10
Câmara criminal, 0 acórdãos.	0	0
Total: 21 acórdãos.	0	21

Fonte: (DUARTE, 2019).

Analisando-se os dados, em primeiro plano, percebe-se a quase unanimidade de aplicação da causa de aumento nos julgados proferidos no referido triênio. De pronto, já é perceptível a inclinação jurisprudencial no sentido de aplicar a causa de aumento à quase todos os casos. Diante do quadro, questiona-se sob quais argumentos, mesmo diante de diversas tentativas de convencimento, o tribunal mantém seu entendimento.

Ao realizar-se a leitura dos acórdãos proferidos pelo tribunal em busca da identificação do sentido da prática decisória adotada, identificam-se três principais teses utilizadas pelos desembargadores na elaboração de seus votos, a serem demonstradas a seguir:

Podemos identificar como a primeira tese: Critério de aplicação eminentemente territorial-espacial.

Amplamente utilizado nos julgados, existe o argumento de que o inciso III do art. 40 não determina, para fins de conceituação do termo “imediações”, parâmetro territorial existente entre o local do cometimento do delito e a instituição de ensino objeto de proteção normativa.

Segundo entendimento dos desembargadores, resta configurada, diante da omissão legislativa, circunstância que exige ponderação por parte do julgador para ganhar significância. Os votos proferidos indicam que, ao analisar o caso concreto,

deve o aplicador da norma decidir com observância às questões atinentes à espacialidade. A exemplo desse critério espacial, o tribunal em seus julgados explica que se deve verificar se o local da prática da traficância é rota de acesso utilizada pelas pessoas que dirigem-se às instituições de ensino, bem como se há proximidade suficiente para que o traficante acesse à instituição em poucos passos.

Dessa forma, a proximidade do local de traficância e as instituições de ensino, ainda que mais ou menos distantes metricamente (tendo em vista as particularidades de cada caso concreto), serve como fundamento suficiente para ensejar-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista na Lei de Drogas.

Exemplificando a aplicação dessa tese pelo tribunal, tem-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para imposição da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, basta que o tráfico de drogas tenha ocorrido nas proximidades de qualquer dos estabelecimentos descritos na norma. **Na hipótese ficou comprovado que a ré praticou a mercancia de substância entorpecente (crack) próximo a estabelecimento de ensino (aproximadamente 200 metros), incidindo, portanto, a majorante.** 2. Recurso desprovido.

(2ª TURMA CRIMINAL, TJDFT; 20180110270879APR; Relator: Desembargador SILVANO BARBOSA DOS SANTOS; Acórdão N: 1154490). (Grifos Meus)

A segunda tese: o critério de aplicação estabelecido pelo caráter objetivo da norma.

Correlacionada à tese anterior, adotam os desembargadores do TJDFT o entendimento que a causa de aumento estabelecida pelo inciso III tem caráter objetivo e, portanto, não necessitaria de qualquer análise subjetiva do fato para determinar a incidência ou não da causa de aumento.

Tal entendimento justifica-se, principalmente, pelo primor dado à literalidade da norma. Nesse contexto, julga o tribunal ser suficiente que a prática delitiva ocorra nas imediações das instituições ali tratadas, dispensando-se a análise de qualquer nexó subjetivo do agente para com o local onde o delito teria sido praticado.

Nesse contexto, tendo em vista o caráter objetivo atribuído à norma, os órgãos do tribunal se manifestam no sentido de que é dispensável a demonstração de que houve intenção do agente de aproveitar-se de qualquer facilidade ou benefício trazido pela existência de uma instituição de ensino próxima ao local do cometimento do delito, de modo que também se considera irrelevante que o agente tenha por alvo os estudantes.

Exemplificando a aplicação dessa tese pelo tribunal, tem-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. VENDA DE ENTORPECENTE NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE. IMPROCEDÊNCIA.DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. **Incide a causa de aumento de pena do art. 40, inciso III, da Lei n.11.343/2006 quando o agente comercializa drogas nas imediações de estabelecimento de ensino, sendo desnecessário comprovar dolo específico de vender entorpecente aos estudantes.** 2. A majorante do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas expressa hipótese em que a lei objetiva reprimir, com mais rigor, a conduta do agente que comercializa drogas em locais onde haja facilidade de disseminação do consumo, em decorrência da maior concentração ou fluxo de pessoas, como no caso das imediações de estabelecimentos de ensino. 3. Recurso conhecido e desprovido.

(3ª TURMA CRIMINAL, TJDF; 20170110287097APR; Relator: Desembargador WALDIR LEÔNÍCIO LOPES JÚNIOR; Acórdão N:1071910). (Grifos Meus)

A terceira tese: Critério de aplicação baseado no perigo abstrato e risco à saúde pública atribuídos ao crime de tráfico.

Esse terceiro argumento utilizado pelo tribunal na fundamentação de seus acórdãos também se correlaciona com as duas teses anteriores. Tem por base raciocínio derivado de uma análise do tipo penal de tráfico de drogas, previsto no *caput* do art. 33 da lei nº 11.343/06.

Desenvolvendo o argumento, aponta-se que, após a constatação de que o crime de tráfico tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, bem como oferece perigo abstrato, a referida abstratividade do delito de tráfico estende-se à causa de aumento.

Com isso, para a incidência da causa de aumento, apenas seria necessária a prática do tráfico nas imediações e dependências da instituição de ensino, considerando-se ser abstrata a maior reprovabilidade atribuída à conduta, sendo, portanto, novamente irrelevante a análise do dolo do agente, bem como se afirma ser desnecessária a comprovação de que o crime ocorreu em potencial lesivo à saúde pública maior do que já se era considerado no tipo descrito no *caput* do art. 33 da Lei.

Exemplificando a aplicação dessa tese pelo tribunal, tem-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. FILMAGEM. APREENSÃO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. RECONHECIMENTO NA DELEGACIA POR USUÁRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. VENDA DE ENTORPECENTES EM LOCAL PRÓXIMO A QUADRA DE ESPORTES E ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O contexto da prisão em flagrante - informações de que o imóvel é conhecido como ponto de tráfico de drogas e de que o apelante havia assumido o posto vez que os antigos traficantes foram presos, seguidas de filmagem, abordagem e apreensão de

porção de maconha com usuário que entrou e saiu da residência, o qual descreveu as características do réu como as da pessoa que lhe vendeu a droga; o reconhecimento formal realizado na Delegacia, em que o usuário confirmou que o apelante é o indivíduo que o recepcionou na casa e lhe vendeu a porção de maconha, a apreensão de 41,87g de maconha encontrados escondidos no colchão apontado como sendo do réu e os depoimentos prestados pelas testemunhas durante a persecução penal formam um conjunto probatório coeso e harmônico que define com segurança a materialidade do crime descrito no art. 33, caput da LAD, bem como a autoria ao acusado, o que torna incabível a desclassificação para o uso ou mesmo a absolvição. 2. O fato de o indivíduo ser usuário de drogas em nada impede que seja traficante, tendo vista ser comum usuários comerciarem drogas para sustentar o próprio vício. 3. **O reconhecimento da causa especial de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 não exige demonstração em concreto de ter sido efetivamente atingido o público respectivo. Crime contra a saúde pública e de perigo abstrato, a própria lei presume o risco, bastando que o fato se dê nas imediações dos locais enumerados pelo dispositivo. No caso, os fatos se deram nas imediações de escola pública e de quadra esportiva, o que é suficiente para a incidência da referida causa de aumento de pena.** 3. Recurso conhecido e improvido.

(2º TRUMA CRIMINAL; TJDFT; 20170110527579APR;
Relator: Desembargadora MARIA IVATÔNIA; Acórdão N:1122659).
(Grifos Meus)

Diante das principais teses elencadas, nota-se que há uma correlação entre os três argumentos, principalmente pela recorrente utilização do critério territorial/espacial acompanhado de um dos demais como justificativa de aplicação da causa de aumento nos acórdãos proferidos.

4 A (in)distinção da aplicação da causa de aumento pelo TJDF e os contra-argumentos à serem observados.

Uma vez expostos os dados numéricos crus acerca da aplicação da causa de aumento pelos órgãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre os anos de 2016 e 2018, que por si só indicam, mesmo que de forma preliminar e desaprofundada, a inclinação interpretativa do tribunal no sentido da aplicação indistinta do dispositivo legal (FREITAS; LIMA; 2011), bem como tendo sido exposta a identificação dos principais argumentos jurídicos justificantes da prática decisória, já é possível declinar a confirmação da hipótese de que o tribunal aplica indistintamente a causa de aumento.

Essa aplicação indistinta, por si só, não indica que o tribunal de justiça objeto do estudo incorre em erro interpretativo da norma, sendo necessária uma análise mais aprofundada da causa de aumento descrita no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, e dos possíveis contra-argumentos que possam ser utilizados em combate às três principais teses utilizadas pelos desembargadores elencadas no tópico anterior.

Pois bem, sabe-se que a causa de aumento de pena a ser aplicada ao indivíduo que pratica o crime de tráfico de drogas nas imediações de instituição de ensino é ferramenta legislativa que visa reprimir com mais rigor esta conduta em detrimento do tráfico de drogas comum, descrito no *caput* do art. 30 da lei nº 11.343/2006.

De fato, existe maior reprovabilidade na prática do tráfico próximo ou dentro de escolas, porque se pressupõe que os sujeitos que frequentam esses locais devem ser objeto de maior tutela estatal, devido à sua condição de vulnerabilidade. Nesse ponto, encontra-se o fundamento para o primeiro argumento contrário à aplicação indistinta da norma, senão vejamos:

Tendo como pressuposta a ideia de que as escolas e instituições de ensino são protegidas pelo texto do dispositivo porque são ambientes aonde os alunos ou frequentadores vão à busca de aprendizado, de modo que não se espera que possam ocorrer crimes nesses lugares, e por isso os referidos sujeitos estariam em

posição de vulnerabilidade, não é difícil perceber que esses sujeitos em questão são, mesmo que indiretamente, titulares da proteção legislativa. Em outras palavras, a causa de aumento visa inibir a prática do tráfico nesses locais por causa das pessoas que ali estão.

Nesse ponto, chega-se a uma interpretação de que não há razão para a incidência da causa de aumento nos casos em que a prática da traficância não tinha por objetivo atingir os frequentadores das instituições de ensino.

Exemplificando tal hipótese, quando um tráfico de entorpecentes ocorre nas proximidades de um estabelecimento de ensino durante a madrugada, ou mesmo durante fins de semana e feriados, momentos em que não há qualquer atividade exercida pela instituição, não há que se falar na incidência do tipo, visto que, o local, que durante seu funcionamento atua como instituição de ensino, naquele momento não passa de um prédio desocupado, em que os sujeitos titulares da tutela estatal não estão presentes.

Não há, portanto, como existir uma razão de ser para incidência da causa de aumento desvinculada dos sujeitos que constituem o público que mereceu ter maior tutela estatal por perigo de dano à sua saúde.

Ainda nesse aspecto, pode-se apontar que muito embora o delito de tráfico de drogas possua caráter objetivo e perigo abstrato presumido, e que para a consumação do delito basta a ocorrência de um dos verbos do tipo por parte do agente (como fora apontado pelos desembargadores nos julgados pesquisados), não se pode adotar o mesmo raciocínio quando analisa-se a causa especial de aumento presente no inciso III do art. 40.

Isso porque a causa de aumento visa punir com mais rigorosidade o agente que pratica o crime de tráfico nas imediações de estabelecimentos de ensino, porque tal conduta expõe as pessoas que ali frequentam à maior risco à saúde, como já explicado anteriormente. Desse modo, se o agente não tem o dolo de aproveitar-se das facilidades proporcionadas pelo fluxo de pessoas decorrente da proximidade a instituições de ensino, ou ainda a intenção de aproveitar-se da

vulnerabilidade dos sujeitos frequentadores, incorre apenas no cometimento do tráfico comum, descrito no *caput* do art. 33 da lei nº 11.343/06.

Novamente exemplificando a hipótese, um sujeito que porta em seu veículo drogas ilícitas e, enquanto trafega rumo à local qualquer, é abordado pelos policiais próximo à uma instituição de ensino, não merece ter sua pena aumentada, visto que, não fosse a abordagem policial naquele momento, o autor teria apenas passado pelo local, sem o dolo de realizar o tráfico na região ou de aproveitar-se das facilidades proporcionadas pela instituição de ensino ali localizada.

Como visto, a aplicação da causa de aumento merece ter uma análise particularizada à cada caso concreto, tanto com relação ao dolo do agente em praticar a conduta de tráfico utilizando-se de qualquer benefício ou condição favorável que a proximidade da instituição de ensino possa lhe trazer, como na análise das condições em que se desenvolveu a ação, não sendo suficiente a mera indicação de existência de instituição de ensino nas proximidades do local.

Cabe, ainda, discutir o argumento eminentemente espacial utilizado nos julgados. Isso porque, apesar dessa argumentação estar entrelaçada aos demais argumentos, como já dito anteriormente, tal tese constitui uma importante demonstração de como se faz necessária a interpretação da norma por parte dos julgadores com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Como fora apontado em tópico anterior, os desembargadores indicam que deve haver uma ponderação por parte do julgador para determinarem nos julgados o que significa o termo “imediações”, para que se possa vislumbrar a abrangência territorial da causa de aumento, tendo como ponto de referência a localização das instituições de ensino.

Nos acórdãos, pode-se perceber que os desembargadores indicam que a facilidade de acesso às instituições, na medida em que o agente pode chegar aos locais protegidos em poucos passos ou em poucos instantes, perfazem o que seria o ideal para o significado do termo supramencionado.

Ao utilizarem a proporcionalidade como norte à ponderação necessária à aplicação da causa de aumento, os desembargadores utilizam-se de uma importante

ferramenta principiológica, que visa impedir que excessos sejam cometidos na aplicação da norma, bem como aproximar ao caso concreto a intenção normativa pretendida pelo legislador, fazendo, portanto, uma interpretação ontológica da norma.

Nesse ponto, e segundo Lima (2012, p. 253)

(...) por meio do princípio, estabelece-se a necessária conexão entre as finalidades do Direito Penal com o fato praticado pelo agente criminoso, não se admitindo a fixação de prescrições penais (proporcionalidade abstrata) ou a aplicação de penas (proporcionalidade concreta) que não tenham relação valorativa com o fato, visto na integralidade de seus aspectos.

Utilizados de forma explícita pelos desembargadores na interpretação do termo “imediações”, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem servir também como princípios norteadores para a aplicação da causa de aumento em todos os aspectos inerentes à norma acima mencionados, uma vez que a aplicação indistinta da causa de aumento não se mostra a melhor forma de se inibir o tráfico ilícito de entorpecentes nas proximidades de instituições de ensino legalmente tuteladas, uma vez que, não necessariamente, o indivíduo que pratica o tráfico de drogas nas imediações de instituições de ensino consumou o crime em condições que mereçam ter a aplicação da maior reprovabilidade trazida pelo dispositivo.

5 Considerações finais.

Diante dos dados analisados, bem como da leitura e mapeamento dos acórdãos em busca dos argumentos utilizados pelos desembargadores que compõe os órgãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pôde-se perceber que a principal razão para a aplicação indistinta da causa de aumento incidente na pena do indivíduo que pratica o tráfico de drogas nas imediações de escolas e instituições de ensino advém da interpretação unicamente literal da norma.

Isso se deve ao fato da referida causa de aumento do art. 40, inciso III da Lei de Drogas não trazer explicitamente em seu texto qualquer menção à observância de outros critérios a serem analisados no momento da aplicação da norma por parte do julgador, que não seja o critério eminentemente espacial ali inserido pela palavra “imediações”. Mesmo sendo o único critério descrito na lei, o comando legislativo de aumento de pena se a “infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos (...) de ensino” é descrita por termos indeterminados, que só ganham significado a partir da ponderação feita pelos próprios julgadores no que diz respeito à delimitação territorial de incidência do tipo. Cumpre salientar que tanto a técnica de interpretação da norma quanto a argumentação utilizada pelos desembargadores para justificá-la, expostas nas decisões do tribunal e enumeradas neste estudo, são plenamente válidas e, como dito anteriormente, a prática decisória ocorre por causa da própria letra da lei.

Entretanto, na busca por uma aplicação mais justa da pena e no respeito à ultima ratio, vislumbra-se a necessidade de se recorrer à outras formas de interpretação normativa. Nesse contexto, a teleologia que pode ser empregada no momento da aplicação da norma traria critérios mais adequados para a aplicação do tipo penal, que, por sua vez, ajudariam na formação de um parâmetro mais justo de aplicabilidade da norma, tendo em vista a intenção do Direito Penal e das normas do ordenamento jurídico nacional de uma forma geral.

Nesse ponto, Maximiliano (2017, p. 137), traz os seguintes ensinamentos acerca da utilização da técnica da teleologia na interpretação das normas:

Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém dentro da letra dos dispositivos. Respeita-se esta, e concilia-se com o fim.

Assim, admitindo-se a ideia de que a causa de aumento do art. 40, III da lei de drogas pretende coibir e punir com rigorosidade o tráfico cometido nas imediações das instituições de ensino, porque a ocorrência do crime nesses locais é socialmente mais reprovável que um tráfico comum, e que essa reprovabilidade

advém da vulnerabilidade em que se encontram os frequentadores do local, pode-se afirmar que a aplicação do aumento de pena apenas aos indivíduos que se aproveitaram (ou tinham o dolo de fazê-lo) de algum benefício qualquer trazido pela proximidade do local do cometimento do delito com as instituições protegidas seria mais justa, respeitada a individualidade de cada caso concreto.

Em outros tribunais nacionais, se pode encontrar práticas decisórias que se utilizam desse tipo de interpretação para se estabelecer os critérios de aplicação da causa de aumento objeto deste estudo, existindo, inclusive, jurisprudência que indica a necessidade de haver análise subjetiva do fato criminoso, como se pode abstrair de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que não incide o aumento de pena quando observada a “ausência de demonstração mínima de que o réu tinha como alvo os estabelecimentos (igreja, unidade de saúde e escola) próximos ao local de sua prisão (TJSP, 2016)”.

Dessa forma, apesar de válida, a interpretação literal empregada na análise dos casos concretos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, provoca a aplicação indistinta da causa de aumento, prática esta que poderia ser diferente e mais justa caso fossem utilizadas outras formas de interpretação da norma.

Partindo-se da ideia de que o Direito Penal é o último recurso do Estado para punir o agente criminoso e reintegrá-lo ao convívio social, não se mostra razoável que os dispositivos legais que aumentam a pena do indivíduo sejam aplicados em casos que ultrapassam a intenção legislativa de conferir maior reprovabilidade à conduta que se amolda à descrição abstrata contida no tipo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. Universitas Jus, v. 2, 2011.

BRASIL. Lei número 11.343 de 23 de agosto de 2006. Brasília,DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

LIMA, Alberto jorge C. Barros. Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012 [Biblioteca digital UniCEUB]. Acesso em: 25 set. 2019.

MASSON, Cleber. Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais. Rio de Janeiro: Método, 2018.. [Biblioteca digital UniCEUB]. Acesso em: 25 set. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. Coleção Fora de Série - Hermenêutica e Aplicação do Direito, 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017 [Biblioteca digital UniCEUB]. Acesso em: 25 set. 2019.

SENADO. Blog Em Discussão. História do combate às drogas no Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em: 25 set. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (16ª Câmara de Direito Criminal). Apelação nº0007739-62.2016.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista; Relator: Des. OSNI PEREIRA; do TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 25 set. 2019

CAPEZ, F. Curso de direito penal, v. 4 : legislação penal especial. [s. l.], 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000014010&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 27 set. 2019.

NUCCI, G. de S. Direito penal : partes geral e especial. [s. l.], 2019. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013919&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 27 set. 2019.